IESVS MARIA IOSEPH.

POR

DON GERONIMO DE Ibayzabal Ponçe de Leon, vezino, y Regidor perpetuo de la Ciudad de Logroño. num. 13.

CON

DON DIEGO PONZE DE Leon, vezino de dicha Ciudad, numer. 15.

Y CON

DON ALONSO PONZE de Leon su hermano, num. 16. que ha salido à este pleyto, como tercero.

SOBRE

LA SVCCESSION DEL MAYORAZgo que fundò Iuan de Ibayzabal, num. 2. por el teſtamento que otorgò en 18. de Iunio de 1627. y llamamientos para ſu ſucceſsion, hechos por Doña Ana Fernandez Pablo, ſu muger, num. 3. por eſcritura de 7. de Octubre de 1631. en virtud de la facultad que para dicho efecto la dexò dicho ſu marido.

1 DON Geronimo de Ibayzabal Ponçe de Leon, pretende abſolucion de la demanda de los dichos Don Diego, y Don Alonſo Ponçe de Leon, ſus ſobrinos, y que ſe le declare por legitimo ſucceſſor en dicho mayorazgo.

2 Don Diego Ponçe, *num.* 15. pretende ſe declare à ſu favor eſta ſucceſsion, condenando à Don Geronimo à la reſtitucion de ſus bienes, con frutos, y rentas, deſde la muerte del vltimo poſſeedor.

3 Y Don Alonſo Ponçe de Leon, *num.* 16. que ha ſalido, y opueſtoſe à eſte pleyto, como tercero por ſu derecho propio, tiene la miſma pretenſion de que ſe declare à ſu favor la ſucceſsion de dicho mayorazgo.

4 El hecho de eſte pleyto es muy breve, porque no ſe duda de las filiaciones de vnas, ni otras partes, ni de la certeza de los inſtrumentos, y ſolo conſiſte en la inteligencia de las clauſulas de el teſtamento que otorgò Juan de Ibayzabal, *num.* 2. y las de los llamamientos que para ſu ſucceſsion hizo Doña Ana Fernan-

dez,

dez,su muger,*num.* 3. en virtud de la facultad que la dexò dicho su marido, que vnas, y otras clausulas se ponen à la letra.

Testamento otorgado por Iuan de Ibayzabal, num. 2. en 18. de Iunio de 1627.

5 Por este testamento Juan de Ibayzabal, *num.* 2. dispuso, y fundò vinculo, y mayorazgo de las casas principales, y la heredad grãde, y cerrado de Alverite, mandando que succeda en ellos vn hijo segundo el que dicha su muger eligiere, à quien la dexa facultad de hazer los llamamientos, con los gravamenes, y condiciones que quisiere, como se explica mejor en la clausula siguiente.

CLAVSVLA.

6 *Iten es mi voluntad, y quiero vincular, y vinculo luego por via de mayorazgo, como mejor puedo, y ha lugar de derecho, vsando de las leyes de estos Reynos, y no excediendo de lo que conforme por ellas puedo disponer, y de suerte que sea, y se entienda despues de cumplidas las mandas, y legados de este mi testamento, y sin perjuyzio de ellas, de las casas principales, y la heredad grande, y cerrado de Alverite, que està enfrente de las casas susodichas, con las cargas, y censos que tienen, que abaxo declararè, y quiero que succeda en ellos el hijo segundo de mis hijas, quien*

quien eſcogiere la dicha Doña Ana Fernandez, mi muger, à la qual le doy poder para que haga los llamamientos para la ſucceſsion de dicho vinculo, y mayorazgo, gravamenes, y condiciones que quiſiere poner, haziendo, como hago los dichos bienes mayorazgo, conforme à los mayorazgos de Caſtilla.

CLAVSVLAS, Y LLAMAMIENTOS hechos por Doña Ana Fernandez, en virtud del poder de ſu marido.

CLAVSVLA PRIMERA.

7 Primeramente, declarando, como deſde luego declara, que es ſu voluntad que en primero lugar ſucceda, y ſea el primero llamado en el dicho vinculo, y mayorazgo D. Iuan Ponçe de Leon, hijo legitimo, y de legitimo matrimonio nacido de la dicha Doña Lucia de Ibayzabal, y de Don Diego Ponçe de Leon ſu marido, le nombra por tal en el dicho primero grado, y lugar, con tal gravamen, y condicion, que de aqui adelante no ſe ha de llamar, ni llame Don Iuan Ponçe de Leon, ſino que ſe aya de llamar, y llame Don Iuan de Ibayzabal Ponçe de Leon, y con eſta calidad deſde luego quiere que aya, tenga, y goze el dicho vinculo, y mayorazgo, y ſucceda en los bienes de ſuſo declarados, y contenidos en la clauſula de el dicho teſtamento, y de ellos pueda tomar la poſſeſsion para los empezar à gozar el ſuſodicho, y por èl, y en ſu nombre, quien tuviere orden, y poder para ello, por ſer el ſuſodicho menor de 14. años, con carga de que aya de pagar, y pague el

cen-

censo de 400. ducados de principal al dicho Lope Diez de Mercado, y las 15. fanegas de trigo de censo perpetuo en cada vn año al dicho Cabildo de la Iglesia Colegial, segun, y de la manera que el dicho Iuan de Ibayzabal los pagava, y con esto los tenga, goze, y desfrute, como hazienda, y bienes suyos proprios, y como quisiere, y por bien tuviere, y conque assimismo aya de traer las armas de Ibayzabal; y haziendo lo contrario, desde luego para entonces le excluye el dicho nombramiento, y vinculo, y quiere que lo pierda, y succeda en èl el que despues de su muerte lo aya de heredar, y gozar, conforme à los llamamientos que adelante ha de hazer; y que en lo dicho los successores, y llamados al dicho vinculo, tengan particular cuidado de que se guarde, y cumpla, por averlo dexado assi dispuesto, y mandado el dicho Iuan de Ibayzabal, fundador.

CLAVSVLA II.

8 *Y despues de la muerte del dicho D. Iuan de Ibayzabal Ponçe de Leon, quiere que succeda en el dicho vinculo, y mayorazgo su hijo mayor varon, que sea legitimo de legitimo matrimonio nacido, y à falta de sus hijos, è hijas, è descendientes, que sean legitimos, y de legitimo matrimonio, como dicho es, prefiriendo el mayor al menor, y el varon à la hembra, y todos los dichos llamados, y successores, que ayan de tener, y gozar el dicho vinculo, y mayorazgo, que sean varones, sean hembras, se ayan de llamar, y nombrar el dicho nombre de Ibayzabal, y traer sus armas como dicho es, y las hijas llama con tal calidad,*

lidad,

lidad, que se ayan de casar, ò estar casadas; si por caso le estuvieren quando ayan de succeder con hijosdalgo notorios de sangre, y que sus maridos se ayan de nombrar, y nombren el dicho nombre, y apellido de Ibayzabal, y si assi no lo hizieren, y cumplieren todos, cada vno en su tiempo, y lugar, quiere que pierdan la successión del dicho mayorazgo, y possession de èl, y dessde luego los dexa excluidos, y quiere succeda en el siguiente en grado el que hiziere lo contrario, y faltare en cumplir, y guardar todo lo contenido en este primer llamamiento, y condiciones que adelante se pondran.

CLAVSVLA III.

9 *Iten, que acabada la successión del dicho Don Iuan de Ibayzabal Ponçe de Leon, y de sus hijas, conforme al llamamiento antes de este, que succeda, y herede el dicho vinculo, y mayorazgo, y bienes de èl Don Pedro Ponçe de Leon su hermano legitimo, hijo de los dichos Don Diego Ponçe de Leon, y Doña Lucia de Ibayzabal, à el qual dessde luego para quando llegue el caso le llama, nombra, y señala por successor del dicho vinculo, y mayorazgo, y quiere que como tal lo aya, tenga, y goze, segun, y como el dicho Don Iuan su hermano, llamandose del nombre de Ibayzabal, y trayendo sus armas, y no de otra manera; porque haziendo lo contrario, dessde luego los excluye de èl. Y quiere succeda en èl el siguiente llamado, y à falta del dicho Don Pedro Ponçe de Leon, succeda en dicho vinculo su hijo segundo varon, que sea legitimo, y de legitimo matrimonio, y* les impone los mismos gravamenes, y

con-

condiciones que quedan deferidos en el prime-
ro llamamiento, y de ſus hijos deſcendientes,
ſin diferencia alguna.

CLAVSVLA IV.

10 *Iten, que acabada la ſucceſsion de el dicho Don Pedro Ponçe de Leon, ſegundo llamado, y ſucceſſor del dicho mayorazgo, quiere que lo aya, y goze, y ſucceda el que deſde luego le nombra, y llama para ello Don Diego Ponçe de Leon, hijo tercero de los dichos D. Diego Ponçe de Leon, y Doña Lucia de Ibayzabal, y hermano legitimo de los dichos dos primeros llamados, y ſus hijos, è hijas de los ſuſodichos, è todos los demàs deſcendientes de la miſma forma; de manera, que và dicho, y declarado en los dichos* 2. 1. *llamamientos, y guardando la orden, y forma que en ellos và dicho, y declarado, y cumpliẽdo con las condiciones, y gravamenes en ellos contenidos; de manera, que todos los dichos llamados en dicho vinculo, y mayorazgo, ayan de guardar, y guarden vna miſma forma, ſin alterar, ni inovar en nada la voluntad de el dicho Iuan de Ibayzabal, fundador, ni la ſuya; porque haziendo lo contrario, quiere pierdan el dicho mayorazgo, y que ſucceda el que le huviere de heredar deſpues de la muerte de el que por las razones dichas lo perdiere.*

CLAVSVLA V.

11 *Y el dicho nombramiento haze en el dicho Don Diego Ponçe de Leon, con tal calidad,*

dad, y condicion, que si por caso succediere el que por muerte de los dichos Don Iuan, y Don Pedro Ponçe de Leon, sus hermanos, y sus descendientes succediere en el mayorazgo que dexò, fundò el Tesorero Leon, que es el mismo que oy goza, y tiene el dicho Don Pedro, su hermano; de manera, que aunque succeda en los dichos segundo mayorazgo, que en este caso no succeda en este que aora le ha llamado, y llama, sino que succeda en èl el hijo mayor varon que tuviere la dicha Doña Lucia de Ibayzabal, y otro qualquiera matrimonio que tenga, que sea legitimo, y de legitimo matrimonio nacido, y despues de èl sus hijos, y descendientes, por la orden, è forma susodicha, y sin exceder de ella en cosa alguna; porque haziendolo, los excluye como à los demàs que lleva llamados, y sus successores, y en la misma forma llama, y quiere que succeda en el dicho vinculo, y mayorazgo todos los demàs hijos, è hijas que tuviere la dicha Doña Lucia, siendo legitimos, y de legitimo matrimonio, y sus hijos, è hijas de los susodichos, y demàs sus descendientes, prefiriendo, como dicho es el mayor al menor, y el varon à la hembra, todos los quales llama, y quiere q̃ succedan en el dicho vinculo, y mayorazgo, y bienes de èl, con las calidades contenidas en el dicho primero llamamiento, hecho en el dicho Don Iuan de Ibayzabal Ponçe de Leon, y no de otra manera, y quiere que las guarden, y cumplan, y no lo haziendo de su voluntad, pierdan el dicho vinculo, y que succeda en èl el siguiente en grado.

CLAV-

12 *Y por falta de todos los llamados; llama à los hijos de Doña Maria de Ibayzaval, num. 7. su hija, y pone por gravamen, y condicion, que Doña Luzia de Ibayzaval, num. 5. madre de los llamados, por todos los dias de su vida aya de gozar, y goze todo el vsufructo de los dichos bienes vinculados, llevandolos para si, para poder disponer de ellos como de hazienda, y bienes suyos propios, sin que en ellos los dichos llamados, y ninguno de ellos le puedan poner estorvo, ni impedimento alguno; porque assi es su voluntad, y desde luego para que lo dicho tenga su cumplido, y devido efecto; reserva sin embargo de todo lo dicho hasta aqui, assi en el primero llamamiento, como en los demàs el dicho vsufructo para la dicha Doña Luzia, y quiere, que como dicho es, solo ella lo goze por dicho tiempo de su vida, y con la dicha calidad haze los dichos nombramientos, y quiere que este gravamen, y condicion sea firme, y valga en todo aquello que aya lugar de derecho, y en caso que no aya lugar en todo lo demàs dicho, y declarado, se guarde, cumpla, y sea firme este dicho vinculo, y mayorazgo, y todo lo dispuesto por el hasta aqui, è todos los demàs llamamientos se entiendan debaxo de esta condicion, y gravamen, y que despues de la muerte de dicha Doña Luzia gozen el dicho vsufructo los dichos llamados, como dicho es, con que la dicha Doña Luzia aya de pagar, y pague los censos que vàn declarados.*

13 Tambien es precisso advertir: Lo primero, que en virtud de la *clausula vltima*, gozò, y vsufructuò los bienes de este mayoraz-

go Doña Luzia de Ibayzaval, *num*. 5. por todos los dias de su vida, hasta 5. de Febrero de 1674. que falleciò.

14 Lo segundo, que Don Juan Ponçe de Leon, *num*. 9. y primer llamado, falleciò en 23. de Diziembre de 1645. sin dexar hijos, ni descendientes legitimos. Don Pedro, *num*. 8. en 3. de Abril de 1655. Y Don Diego, *num*. 11. en 26. de Enero de 1662.

15 Y lo tercero, que Don Diego, *num*. 15. naciò en 13. de Diziembre de 1628. Don Geronimo, en 30. de Septiembre de 1643. y Don Alonso, *num*. 16. en 13. de Diziẽbre de 1654. assi consta de las fees de difuntos, y de baptismos, que estàn presentadas, y no se niega por las partes.

16 Con cuyos supuestos entraremos en los fundamentos legales de este informe, reduciendole à dos articulos: En el primero, se declararà la calidad, y naturaleza de este mayorazgo, y se fundarà la inclusion de Don Geronimo. Y en el segundo, se probarà la exclusion de Don Diego, y Don Alonso.

ARTICVLO PRIMERO.

TRATASE DE LA NATVRALEZA de este mayorazgo, y que toca vnicamente su succession à Don Geronimo de Ibayzaval Ponçe de Leon, numer. 13.

17 Llano es, que las partes contrarias, siendo, como son actores entran con la obligacion

gacion de probar la tres qualidades, y requisitos que previenen todos los DD. la primera, *se vocatum esse*, segunda, *habere qualitatem sub qua vocatus est*, y la tercera, *sua substitutionis casum evenissent*, sic docent *ex leg. Titius*, §. *tres hæredes, D. ad Senat. Consult. Trebell.* Argel. *de acquir. possess. quæst. 8. art. 19. numer. 15.* Azeved. *cons. 18. num. 17. cap. latro, decis. 144. num. 15.* D. Paz *de tenut. cap. 30. num. 18.* Casanat. *cons. 4. num. 9.* D. Molin. *lib. 1. cap. 4. num. 5. & cap. 11. num. 8.* D. Castill. *lib. 3. controvers. cap. 15. num. 33. & lib. 6. cap. 136. num. 68.* D. Larrea *decis. 33.* Burg. de Paz *cons. 34. num. 21.* Pero sin embargo de esto se manifestarà primeramente la justicia que assiste à Don Geronimo Ibayzaval, *num. 13.* aunque no era de su obligacion; pues siendo reo, y hallandose posseedor, para vencer le bastava el que las contrarias no cumpliessen con la obligacion que les incumbe; pues ex non iure actoris, tiene el reo seguro su vencimiento, Cardinal. Tusch. *lit. A. concl. 117. num. 10.* Mascard. *de probat. concl. 36. numer. 24. & 31.* Camil. Borrel. *in sum. disput. part. 2. tit. 2. num. 28.*

18 Y para fundar este articulo, se supone lo primero, que la voluntad de los fundadores, es la primera ley por donde se ha de regular la succession de los mayorazgos, *ex leg. in conditionibus, D. de condic. & demonstr.* sic etiam *in leg. 40. Tauri*, versic. *Salvo si otra cosa*, D. Molin. *lib. 1. cap. 2. num. 27. & lib. 2. cap. 2. numer. 8.* D. Castill. *tom. 4. controv. cap. 10. à num. 6. & tom. 6. cap. 178. num. 15.* D. Vela *disert. 49. num. 50.* Rojas *de incompatib. 3. part. cap. 3.* nu-

numer. 17. por cuya causa, y serle permitido à qualquier fundador poner qualesquiera condiciones, y gravamenes para la succession, se han, y deven observar, y guardar por los successores; *leg. multas in princ. D. de cond. & demonst. leg.* 1. §. *item si ita, D. ad leg. falcid. leg. unica, Cod. de his quæ pœne nom.* Auth. *hoc amplius, Cod. de fideicommiss.* Fusar. *de substitut. quæst.* 582. Mieres *de maioratib.* 1. *part. quæst.* 1. *num.* 363. *&* 2. *part. quæst.* 4. *illat.* 8. D. Molin. *de Hispanor. primog. lib.* 2. *cap.* 12. *num.* 31. vbi Addent. D. Castill. *lib.* 5. *controv. cap.* 94. *à num.* 3. *usq. ad* 12. *& tom.* 6. *cap.* 115. *&* 120. Rojas *de incompatibilit.* 3. *part. cap.* 1. *num.* 23. Alvar. Pegas *resolut. forens. cap.* 4. *num.* 6. como no sean contra dispositionem *leg.* 27. *Tauri*, porque solo en este caso reijciuntur, & anullantur, vt latè D. Salgad. *Labyrint.* 1. *part. cap.* 4. *num.* 16. Rojas *de incompatib.* 1. *part. cap.* 1. *num.* 73.

19 Y esto mismo corre, y milita en las condiciones, y gravamenes que causan alguna incompatibilidad; pues si se impusieren tendran subsistencia en la misma forma, sin que los successores puedan dexar de cumplir con todos ellos, sub pœna privationis, *leg. hoc iure, §. fin. D. de donat. leg. cum filius* 76. §. *pater, D. de legat.* 2. *leg. facta* 63. §. *si verò, D. ad Senat. Consult. Trebell.* Burgos de Paz *cons.* 3. *num.* 46 Casanat. *in cathal. glor. mundi, disp.* 1. *consid.* 46 Brison. *lib.* 7. *de formul. & solemnit. Popul. Roman. pag. mihi* 671. D. Valenç. *cons.* 69. *numer.* 26. *& seqq.* D. Molin. *de primog. lib.* 2. *cap.* 14. *num.* 3. *&* 10. D. Larrea *decis.* 33. *num.* 52. Fusar. *de substitut. quæst.* 447. Mieres *de maioratib.*

dict.

*dict.illat.8.à num.*33.D.Castill.*tom.6.contro-ver.cap.*136.*à num.*72.& versic. *Cum certum,* Rojas *de incompatib.dict.cap.*1.*num.*54.

20 Lo segundo, se supone, que para reconocer en quien se ha transferido la possession civil, y natural de qualquier mayorazgo, y quien sea, ò aya sido el successor legitimo, se ha de atender al tiempo de la vacante, *leg.* 2. §. *in filijs, ff. de cond. & demonst. leg. non oportet* 52. *ff. de legat.2.leg. intercidit, ff. de condit. & demonst.*D.Molin.*lib.*1.*cap.*13.*num.*36.*& lib.* 3. *cap.*2.*à num.*16.Mieres *de maioratib.* 1. *part. quæst.*2.*num.*11.D.Solorçan.*de iur. Indiarum, tom.*2.*lib.*2.*cap.*18.*num.*3.D. Valençuel. Velazquez *cons.* 83. *num.* 3. D.Larrea *decis.* 51. *num.*32.*& decis.*52.*num.*19.D. Castill. *lib.* 3. *cap.*15.*num.*3.Rojas 1.*part.cap.*4.*num.* 25.*&* 7.*part.cap.*6.*num.*27.*&* 28.y esto se ha de observar inviolablemente, aunque mucho despues se declare à quien toca la succession, *leg. hærentius* 42.*de vsuris,* Matienço *in leg.* 8.*tit.* 7.*lib.*5.*Recopil.gloss.*4.*num.*2.D.Paz *de tenut. cap.*11.*num.*2.

21 Y la razon de esta disposicion es, porque la succession de el mayorazgo no puede estar in pendenti, nec momento temporis, *ex leg.*45.*Tauri,*Thesaur.*quæst.forens.*34.*numer.*45.D.Suarez *allegat.*27.*num.* 13. Giurba *de succes.feud.*§.2.*glos.* 4. *num.* 49. D. Castill. *lib.*5.*cap.*91.*num.*43.D. Molin. *lib.* 2.*cap.* 19. *num.*10.*& lib.*3.*cap.*10.D.Lara *de Anniuers. lib.*2.*cap.*9.*num.* 59. D. Larrea *dict. decis.* 52. *num.*6.D.Paz *de tenuta,cap.*34.*num.*12.Rojas 5.*part.cap.*2. *num.* 21.D. Olea *tit.* 3. *quæst.* 4.

D *num.*

num. 14. y afsi la calidad que fobreviene poft mortem poffefforis, aut poft tempus delatę fuccefsionis, no aprovecha, ni es eftimable por Derecho, *leg. fi cognatis* 19. *D. de reb. dub. leg. intervenit, D. de leg. præftand. leg. fiquis cum haberet, D. de fuis, & legit. hæred. leg.* 1. §. *fiquis proximior, D. vnde cognati*, Peregrin. *de fideicommif. art.* 22. *num.* 69. Cafanat. *conf.* 26. *num.* 16. D. Caftill. *lib.* 5. *cap.* 90. *num.* 23. D. Olea *tit.* 2. *quæft.* 6. *num.* 9. *in fin. dict. quæft.* 4. *ferè per totum*, Addent. ad Molin. *lib.* 1. *cap.* 5. *num.* 20. & 21. Alva. *conf.* 382. *num.* 7. D. Valenç. *conf.* 25. *num.* 51. Mieres 2. *part. quæft.* 6. *num.* 158. Barboffa *de vniv. iur. Ecclef. lib.* 1. *cap.* 8. *num.* 237.

22 Lo tercero, fe fupone, que la qualidad de primero, ò fegundogenito fubrogatur in immediatum, talitèr quod nunquam deficit, porque faltando el que como primogenito, ò fegundogenito fue llamado à vna fuccefsion, eo deficente, el hermano inmediato es el que entra gozando las mifmas prerrogativas, vt cum pluribus docent Addent. ad Molin. *dict. cap.* 5. *num.* 20. & 21. *per totum*, D. Caftill. *lib.* 5. *cap.* 93. §. 1. *à num.* 33. Rojas 8. *part. cap.* 7. *num.* 4. vbi plures fuus Add. Aguila & Rojas; D. Vela *difertat.* 45. *num.* 38. Hermofill. *in leg.* 7. *tit.* 4. *part.* 5. *gloff.* 5. *à num.* 36. D. Molin. *de primog. lib.* 1. *cap.* 6. *num.* 43. vbi Addent. *præcipuè ad num.* 21. y para efto lo mifmo es, quod primogenitus, vel fecundogenitus mortuus fit, ò que aya fuccedido en otro mayorazgo incompatible, quia idem eft, quod fucceffor mortuus fit, quam vt à fuccefsione propter incompatibilitatem repellatur, quia etiam tunc facit lo-

cum

cum ſequenti in gradu, *leg. 1. §. fin. D. de bonor. poſſeſſ. contra Tab. leg. ſi necem, §. ſi deportatus. D. de bonis libert.* Mieres *2. part. quæſt. 3. num. 15. & 3. part. quæſt. 3. numer. 2.* D. Molin. *dict. cap. 19. num. 59. & lib. 3. cap. 2. num. 29.* D. Paz *de tenuta, cap. 24. per tot.* y lo miſmo ſerà ſi ſuccedieſſe en otro mayorazgo de diferente qualidad que en la que ſe ſubrroga, como ſi vno poſſeyeſſe vn mayorazgo dexado al hijo tercero, & filius tertius, perveniret ad qualitatem primi, aut ſecundigeniti, porque entonces el mayorazgo que poſſeìa como tercero vaca ſin dificultad, vt in terminis Addent. ad Molin. *lib. 1. cap. 5. num. 20. & 21.* verſic. *Ex quibus infertur,* & cum alijs Rojas *de incompatibilit. dict. part. 8. cap. 7. num. 1.*

23 Lo quarto, y vltimo, ſe ſupone, que quando el teſtador dà facultad à otro para fundar mayorazgo, y hazer llamamientos, y ſubſtituciones el comiſſario, ſi excediere en algo à la dicha facultad, no por eſſo vitiatur diſpoſitio ab eo facta, porque eſta ſiempre queda firme, y permanente; y ſolo lo q̃ ſe irrita, y anula, es aquella parte en que excediò, y no otra coſa, *leg. vnum ex familia, §. ſed, & ſi fundum, D. de legat. 2. leg. humanitatis, Cod. de impuber. & alijs ſubſtit.* in quibus Cuman. Paulus, Peralta, & alij, Paul. Caſtrenſ. *in dict. leg. humanitatis, numer. 12.* Palac. Rub. *in leg. 27. Taur. num. 50.* Tello Ferdinan. *ibidem num. 7.* Simon de Prætis *de interpretat. vlt. volunt. interpretat. 2. dub. 1. ſolut. 7. à num. 17.* Angulo *de meliorat. in leg. 11. tit. 6. lib. 5. Recop. gloſ. 4. n. 9. & gloſ. 15. num. 1.* latiſsimè D. Paz *de tenut. cap. 34. à num.*

142.

142.*vsque ad* 155. Rojas *de incompatibilit.* 3. *part.cap.*1.*num.*20.*&* 22.*&* *seqq.* quod idem accidit, en las fundaciones que se hazen de tercio, y quinto, ex dispositione *leg.*27.*Tauri*, que en ellas no se pueden poner condiciones, ni gravamenes, que excluyan à los descendientes, D. Molina *lib.*2.*cap.*11.*num.*12.*&* *cap.* 12. *num.* 53. vbi Addent. D. Castill. *lib.*3.*cap.* 12. *numer.* 44.*&* *lib.*5.*cap.*99.*&* *tom.*6.*cap.*128.*num.*17. Avendañ. *in dict.leg.*27.*Tauri*, *gloss.*2.*num.* 9. Tello *ibid. num.* 17. D. Lara *de vita hominis*, *cap.*30.*num.*121. Rojas 1.*part.cap.*6.*à numer.* 242. y con todo esso si se impusieren, y dexaren no se vicia la disposicion, sino que reditur ad formam *dict. leg.* 27. *Tauri*, & tales conditiones reijciuntur, D. Lara *dict. num.* 121. D. Salgad. *Labyrint.*1.*part.cap.*4.*num.*16. Rojas *de incompatibilit.*1.*part.cap.*1.*à num.* 54.*vsque ad* 59. *&* 2.*part.cap.*1.*num.*73.*&* 7.*part.cap.*1.*num.* 34.*vsque ad* 36. vbi plures novissimè suus Add. Aguila & Rojas, qui præcipuè videndus *in addit. ad* 1.*part.cap.*7.*præcip.num.*53.*&* *seqq.* D. Castill. *lib.*2.*controv.cap.*7.*per tot.*

24 His igitur absque dubio certis, & provt indubitatis supositis, llegamos yà à la disputa de este pleyto, y entrandonos lo primero à reconocer la naturaleça de este mayorazgo, no se puede dudar, es de aquellos que los DD. llaman de *segunda genitura*, porque tunc el mayorazgo secundæ genituræ dicitur, y se tiene por tal quando el fundador mandò, que succediesse en èl el hijo segundo, llamandole à la succesion, non nomine propio, sed tantum apellativo, videlicèt, *succeda el hijo segundo*, sic abs-

absque dubio Galganeto *de condit. & demonstr.* 2.*part.cap.*6.*quæst.* 5.*num.*13.& 14.pluribus in locis,D.Castill.& præcipuè,*lib.* 5.*cap.*181. *numer.*34.& 35.Rojas *de incompatibilit.* 1.*part.* *cap.*8.*num.*38.& 4.*part.cap.*1.*à num.* 5.*maximè num.*87.& 8.*part.cap.*7.& sic cum pluribus suus Add.Aguila *ad dict.cap.*8.*part.* 1.*numer.*28.D. Molin. *de primog.lib.* 3.*cap.* 2.*numer.* 28. vbi Addent.& alij infrà referendi, lo qual hallamos verificado en este mayorazgo, sin tener que recurrir à otra cosa, mas que à la clausula de el testamento de Juan de Ibayzaval, *relata suprà num.*6. en que en ella manifestò bien esta voluntad, ibi:*Y quiero que succeda en ellos el HIJO SEGVNDO de mis hijas, quien escogiere la dicha Doña Ana Fernandez mi muger*,in quo non plus immoramur, porque no se duda,ni puede por las partes contrarias , y mas previniendo la razon;porque se llama à los segundogenitos,quam tradit Rojas *de incompatibilit.*3.*part.cap.*5.*num.*9. & 25. *cum seqq.*& suus Add.Aguila *de* 1.*part.cap.*2.*num.*28.

25 Siendo,como es este mayorazgo de segundo genitura,en nuestro dictamen, es ociosa la disputa de este pleyto , pues solo esto basta para que se conozca,que nadie puede competir la succesion con Don Geronimo,*numer.*13.porque segun la regla indubitable, que dexamos recordada *suprà num.* hallamos, que aunque el primer llamado à la succesion, como segundogenito,fue Don Juan, *num.* 9. à causa de aver muerto este sin hijo el año de 45. quedò por segundogenito Don Diego, *numer.* 11.y este por aver muerto el año de 55.su her-

mano mayor Don Pedro,*num*.8.quedò gozando las prerrogativas de primogenito, y perdiò las de segundogenito en que avia entrado, y esta qualidad de segundo genitura, no huvo otra persona en quien se radicar, mas que en Don Geronimo de Ibayzaval, nuestra parte, *num*.13. y assi èl quedò gozando las prerrogativas de segundogenito, sin que en esta pueda aver la menor falencia, ni cavilacion que se pueda oponer; y siendo, como esto es tan evidente, nos admiramos, que las partes contrarias insistan en su intento, y que no se desengañen de que solo es successor legitimo Don Geronimo, pues la calidad de segundogenito, non expirat etiam deficiente secundogenito, qui erat tempore testamenti, quia transit ad tertiumgenitum, Aguila ad Rojas 8.*part.cap*.7.*num*.3.*in medio*.

26 Y esto se haze mas evidente, bolviendo los ojos al tiempo de la vacante de este mayorazgo (que es al que se deve mirar, y atender, *vt diximus cum omnibus DD. suprà numer*. & tradit D. Valenç.*cons*.69.*num*.9.& 10. Aguila ad Rojas 1.*part.cap*.4.*num*.21.& 22.) y este fue el año de 1674. quando muriò Doña Luzia de Ibayzaval, *num*.5. que fue la vsufructuaria por los dias de su vida, y à este tiempo nadie se hallava segundogenito, sino nuestro Don Geronimo, y que tuviesse la calidad prevenida por el fundador, conque solo en èl se pudo transferir la possessión civil, y natural, *ex leg*.45. *Tauri*, porque aunque en aquel tiempo yà avia muerto Don Diego, *num*.8. y avia dexado por sus dos hijos à las partes contrarias, estos estavan incapazes de succeder; porque su padre quan-

quando falleciò gozava de las prerrogativas de primogenito, y estas se continuan en toda su linea, talitèr, que nunca en ella se pueden radicar semejantes successiones, por considerarse excluìdas totalmente de ellas.

27 Esta proposicion es tan sin disputa, que no necessitavamos de corroborarla, pero por si acaso por los contrarios se quisiesse confundir, oìgamos à Rojas *de incompatibilitat. 1. part. cap. 8. num. 32. & 33.* que en terminos terminantes de nuestro caso, dize, *numer. 32.* ibi: *Primus casus est, quando obid primo loco nominatus fuit SECVNDOGENITVS, quia institutor odio habuit primogenitum ob aliquam causam, quæ probari debet ab eam allegante: & in hoc casu primogenitus, & eius descendentes exclusi censentur, & ad eos reverti non debet maioratus, imò successio defertur suo ordine in tertiumgenitum, & post eum IN QVARTVM, & cæteros fratres, tamquam si primogenitus, ac eius descendentes non fuerint in rerum natura.*

28 Y estrechandose mas à la clausula de nuestro caso, *in num. 33.* dize assi: *Secundus casus est, quando constat quod institutor maioratus odio non habuit primogenitum, attamen constat, quod institutor cognitum habuit, ac præscivit PRIMOGENITVM IN ACTV, vel IN SPE CERTA, ET INVARIABILI ESSE SVCCESSOREM ALTERIVS MAIORATVS, & hoc casu successio etiam ad SEQVENTEM FRATEM, TERTIO, vel QVARTOGENITVM derivatur; non autem devolvitur ad primogenitum, nec ad cæteros eiusdem lineæ, quia censetur realiter exclu-*

sus,

ſus,& toties primogeniti excluſio eſt realis, ſivè ipſemet ſe excludat, ſivè alius per mortem ſecundogeniti, & ſuorum, non retrocedit ſucceſsio ad primogenitum realiter excluſum, nec ad eius filios, ſed proſequitur in TERTIOGENITVM y proſigue por los numeros ſiguientes, omnino videndus, & omnes, quos citat.

29 Ademàs de los DD. que cita Rojas, ſon puntuales para eſte intento Peregrin. *de fideicommiſ. artic.* 22. P. Molina *de iuſt. & iure, diſput.* 654. Robles *de repreſent. lib. 2. cap. 6. à num.* 2. Mieres *de maioratib. 2. part. quæſt. 2. ex numer.* 84. D. Larrea *deciſ.* 51. D. Caſtill. *lib. 5. controverſ. cap. 178. numer. 7. vſque ad finem,* omnino per legendos, *& cap. 181. præcipuè à num.* 34. & ipſe Rojas *de incompatibilit. 4. part. cap. 1. num.* 87. & latiſsimè 8. *part. cap. 7. per totum*, penes quos alij plures, ſin que aya quien dude en eſte punto; porque eo que el teſtador previno la ſegunda genitura, manifeſtando ſu voluntad (vt in præſenti) de que ſuccedieſſe el hijo ſegundo, eſte ſolo, ò el que al tiempo de la ſucceſsion ſe hallare gozando de eſta qualidad, ha de ſucceder ſin que ninguno de la linea primogenita le pueda competir, ni pretender el menor derecho, aunque aya ſido ſegundogenito, ſi es que tempore delatæ ſucceſsionis, vt primogenitus inveniatur, vt in terminis Aguila & Rojas *in add. ad Rojas de incompatibilit. 1. part. cap. 8. num.* 18. ibi: *Et ſecundogenitus ipſe, ſi ratio excluſionis in eo tempore delatæ ſucceſsionis inveniatur, excludi debet, veluti ſi morte maioris ipſe primogenitus efficiatur*, y proſigue muy copioſo de DD. muy al intento, por todos los nume-

numeros siguientes, que encomendamos, *&* 4. *part. cap.* 1. *num.* 11. *& in num.* 20. refiere vna decissión de Granada en propios terminos de nuestro caso.

30 Y que estemos en terminos de todas las doctrinas que dexamos recordadas, no se puede cavilar lo contrario; pues es notorio, y no se duda, que Don Pedro, *num.* 8. que era el primogenito, tenia el derecho à la succession del mayorazgo fundado por el Tesorero Don Diego Ponçe de Leon, *num.* 1. (y con efecto succediò en èl) y por aver fallecido sin hijos, y aver quedado con la prerrogativa de primogenito Don Diego, *num.* 11. succediò en èl, que es el caso premeditado por el fundador para aver llamado al segundogenito, como lo considerò Rojas *relatus suprà num.* y este es prevenido por los DD. referidos, pues aviendo de succeder el primogenito, no quiso Don Juan, *numer.* 2. que el suyo se confundiesse, y juntasse con el, y assi llamò al hijo segundo, cuya qualidad no ay duda induce incompatibilidad real, y lineal en este nuestro mayorazgo, vt dixit Rojas *dict.* 4. *part. cap.* 1. *num.* 87. ibi: *Quia vocatio de filio secundo, in ea, & in eius descendentibus est linealis, & realis, ad exclusionem primogeniti, & eorum descendentium*: y mas claro à nuestro intento tradit *dict.* 8. *part. cap.* 7. *num.* 18. ibi: *Talis vocatio de filio secundo est linealis, & realis, ad exclusionem non solum primogeniti, sed etiam filiorum, & omnium descendentium ex eius linea, dum aliqui supererunt ex linea secundogeniti, vel tertiogeniti, & ceterorum fratrum: nam exclusio primogeniti ob incompatibili-*

 ta-

tatem maioratum, non fuit personalis, sed realis, seu linealis, & etiam videndus 7. *part. cap.* 6. *numer.* 49. *vsque ad* 54. idem asserit D. Castill. *lib.* 3. *controv. cap.* 28. *præcip. num.* 26. *& dict. cap.* 178. *num.* 12. *& seqq. & cap.* 181. *num.* 4. D. Paz *de tenut. cap.* 34. *num.* 14. D. Valençuel. *cons.* 83. *num.* 133. *&* 140.

31 Y asegura todo quanto llevamos dicho la *decis.* 51. de el señor Don Juan Baptista de Larrea, quien refiere en el *numer.* 16. aver sido à favor de el hermano segundo, en competencia de los hijos de el primogenito, aun en caso mas dudoso, que este, pues en aquel no estava llamado à la succesion de ninguno de los dos mayorazgos el hijo segundo, y con todo esso por averse estimado la incompatibilidad real, y lineal, se decidiò contra filios primogeniti, cuyos fundamentos recordamos con especialidad *à num.* 10.

32 Y por ser tan claro nuestro intento, D. Olea *in Add. ad tit.* 3. *quæst.* 4. *in num.* 6. no dudò en que quando se llama à la succession al hijo segundo, en concurso de dos mayorazgos ha de preferir el tio à los sobrinos hijos de el primogenito; porque illa exclusio, realis, & linealis est.

33 Y todo esto se induce de la dicha clausula de el testamento de Don Juan, *num.* 2. por aver puesto aquellas palabras, ibi: *Y quiero que succeda en ellos EL HIJO SEGVNDO de mis hijas*, sin que necessitemos de recurrir à las clausulas de la disposicion de dicha Doña Ana Fernandez Pablo, *num.* 3. porque no necessitamos de ellas para cosa alguna; pues luego que

nom-

nombrò por ſucceſſor à Don Juan Ponçe, *num.* 9.como ſegundogenito, quedò el derecho de nueſtro Don Geronimo *numer.* 13. ſin diſputa, por lo que dexamos fundado.

34. Pero ſi regiſtramos dichas clauſulas, hallaremos en ellas quanta calidad ſe pudiera deſear; y que con ellas ſe quita qualquiera duda, que en contrario ſe pueda prevenir; pues en la primera clauſula grava à Don Juan, *num.* 9.primer llamado, con la calidad del apellido de *Ibayzaval*, en primer lugar, dandole alli la forma de como ſe ha de llamar, ibi: *Con tal gravamen, y condicion, que de aqui adelante no ſe ha de llamar, ni llame Don Iuan Ponçe de Leon, ſino que ſe aya de llamar, y llame Don Iuan de Ibayzaval Ponçe de Leon*, y mas abaxo le manda traer las Armas de dicho apellido de Ibayzaval, ibi: *Y conque aſsimiſmo aya de traer las Armas de Ibayzaval*, y por ſu muerte llama à ſus hijos, y deſcendientes en la forma regular, con las miſmas condiciones, y gravamenes, como tambien à todos los demàs llamados, y ſubſtituidos en las clauſulas ſiguientes.

35 Y aviendo llamado en la *clauſula* 4. à Don Diego Ponçe, *num.* 11. con las miſmas calidades, y condiciones, pone la *clauſula* 5. que dize aſsi: *Y el dicho nombramiento haze en el dicho Don Diego Ponçe de Leon, con tal calidad, y condicion, que ſi por caſo ſucediere el que por muerte de los dichos Don Iuan, y Don Pedro Ponçe de Leon, ſus hermanos, y ſus deſcendientes, ſucediere en el mayorazgo que dexò, y fundò el Teſſorero Leon, que es el miſmo que oy goza, y tiene el dicho Don Pedro ſu hermano, de manera,*

ra, que aun tiempo succeda en los dichos dos mayorazgos, que en este caso no suceda en este, que aora le ha llamado, y llama, sino que suceda en èl el hijo mayor varon que tuviesse la dicha Doña Luzia de Ibayzaval, de otro qualquier matrimonio. La qual està tan clara, que no necessitamos de gastar tiempo en ponderarla; y assi aviẽdo llegado el caso, que en ella se previno, pues Don Juan, *num.* 11. succediò en el mayorazgo de el dicho Tessorero, precisamente se ha de cumplir la disposicion de que este passasse al hijo varon mayor que de otro matrimonio tuviesse la dicha Doña Luzia, *num.* 5. que es nuestro Don Geronimo, y mas hallandose con la prerrogativa de segundogenito, vt iam diximus, & tradit Giurb. *de succes. feud.* §. 2. *gloss.* 6. *num.* 21. *& gloss.* 10. *num.* 28. D. Valenç. *cons.* 171. *num.* 57. D. Vela *disert.* 49. *num.* 36. *&* 39. y la razon es, porque la succession de el mayorazgo de segunda genitura, eodem modo regulatur, que el mayorazgo dexado al primogenito, cum Mieres, D. Castillo, & alijs, Aguilà ad Rojas *de incompatibilitat. dict.* 1. *part. cap.* 8. *numer.* 30.

36 Y con esta clausula solo era bastante para que no se dudase en nuestro intento, ex tradiditis suprà, por la naturaleça de este mayorazgo secundùm *claus. relat. num.* 6. pero quando no tuviesse la calidad de el hijo segundo, sino que esta parte solo se hallasse con el llamamiento de esta clausula, le bastava para que se declarasse à su favor la succession; pues se halla con llamamiento especifico, como en terminos tradit Alvar. Pegas *resolut. forens. cap.* 4. *numer.*

mer. 121. ibi: *Quæ resolutio limitanda est, quando testator, seu institutor alium vocaverit in casu contraventionis, tunc enim secundum voluntatem suam succedere debet ab eo vocatus*, & omnes seqq. videndus, cum pluribus Dom. Larrea *dict. decis.* 51. *num.* 17. & 19. Y assi por ningun lado puede ninguno de las partes contrarias hazer competencia à esta parte, ni aun puede tener intento à la succession de este vinculo, vt statim videmus, tratando de su exclusion.

ARTICVLO SEGVNDO.

DECLARASE CON MAS INDIVIdualidad la exclusion de las partes contrarias.

37 Para la exclusion de las partes contrarias, no necessitavamos de mas que lo q̃ dexamos recordado *suprà num.* vsque ad *num.* pues es evidente, que su padre Don Diego, *num.* 11. eoque llegò à gozar las prerrogativas de primogenito por muerte de *num.* 8. *y* 9. quedò incapaz de succeder en este mayorazgo, por averle faltado la calidad de segundo genito, Add. ad Molin. *lib.* 1. *cap.* 5. *numer.* 20. vers. *Ex quibus*, ibi: *Ex quibus infertur, quod si legatum filio secundo, vel tertiogenito esset relictum, id admittit, hac potissima ratione, quia deficientibus primo, & secundogenitis, sequens filius, aut frater desinit esse tertiogenitus, & verba dispositionis, tunc non aplicantur ei propie cum primogenitus efficiatur*, y la razon es; porque en este caso, tantum invenitur primogenitus, per

ſubrogationem, y eſte eſtà incapaz por faltarle la qualidad de ſegunda genitura;que fue la que previno,y amò para eſte mayorazgo Don Juan *num.*2.ſu fundador,ſic cum pluribus videndus Aguila ad Rojas *de incompatibilit.* 1.*part.cap.* 8.*num.*13.*vſque ad num.*30.

38 Y eſto es en tanto grado, quod idem obſervandum eſt, aunque Don Diego, *num.*11.eſtuvieſſe en poſſeſsion de eſte mayorazgo como ſegundogenito al tiempo que ſe ſubrrogò en èl la qualidad de primogenito;porque ceſsò la qualidad que le incluyò en la ſucceſsion,& ceſſante cauſa,ceſſat effectus,*ex cap. cum ceſſante,cum vulgatis*:Y lo ſegundo,y principal en nueſtro caſo;porque como tal primogenito ſuccediò en el mayorazgo de el Teſſorero Leon,*num.*1. cuya confuſion, aunque no la expreſsò el teſtador,es la que le obligò à llamar al hijo ſegundo,vt latè Rojas *de incompatibilit.*3.*part.cap.*5.*num.*9.*vſque ad* 34.*omnino videndus*,& ſuus Add.Aguila 1.*part.cap.*2. *num.*26.(pues no han probado las contrarias, que la razon de no llamar al primogenito, fue por odio, vt ait ipſe Rojas *dict.num.*34.)y en eſte caſo es induvitable,que etiam debebat excludi ab ac ſucceſsione, vt contra, Gamam *deciſ.*27.Flores Diaz de Mena, D.Caſtill,& alijs tradit ipſe Rojas *à num.*35.*vſque ad fin.* quod latiſsimè proſequitur ſuus Add. Aguila *numer.* 13.*&* 20.*vſque ad fin.* quanto mas no aviendo llegado eſte caſo ſecundum *ſupr.dict.num.*
Y aviendole faltado al padre la qualidad de ſegundogenito,que fue la que le excluyò de eſta ſucceſsion,quedan excluidos ſus hijos,y demàs

deſ-

descendientes de su linea, como antes dexamos fundado; y esto es por dos razones, 1. porque la prerrogativa de primogenito se continua en toda la linea de *num.* 11. y por esso ius primogenituræ cedi, aut renuntiari non valet, D. Molin. *lib.* 1. *cap.* 6. *num.* 45. *&* *lib.* 3. *cap.* 6. *à num.* 29. Add. *ad lib.* 1. *cap.* 6. *num.* 21. D. Vela *disertat.* 49. *num.* 35. latissimè Rojas *de incompatibilit.* 1. *part. cap.* 6. *nu.* 134. *cum pluribus seqq.* in quo non admittitur dubitatio, y siendo esto assi, es contra mẽtem institutoris, quod de linea primo genita admittatur, aviendo otro segũdogenito.

39 Secunda ratio est, porque la exclusion de el primogenito, para que suceda el segundo, est real, y lineal, vt in terminis lo dexamos fundado, & latè Rojas *dict.* 3. *cap. cap.* 5. *num.* 30. 31. *&* 32. y siendo la incompatibidad real, y lineal, es proposicion induvitable, quod excluso patre remanent exclusi, todos sus hijos, y demàs descendientes, D. Larrea *dict. decis.* 51. D. Olea *tit.* 3. *quæst.* 4. *num.* 20. *in fin.* D. Vela *disert.* 49. *num.* 59. *&* *seqq.* Peregrin. *de fideicommis. art.* 27. *numer.* 28. Mieres 4. *part. quæst.* 6. *numer.* 210. D. Castill. *tom.* 6. *cap.* 178. *num.* 2. Barboss. *voto* 7. *num.* 17. *&* 18. Rojas 4. *part. cap.* 1. *num.* 87. & pluribus in locis. Conque por ningun medio pueden tener intento.

40 Y mas con la clausula de el testamento de Doña Ana Fernandez, *num.* 3. que dexamos ponderada *suprà num.* pues esta prohibicion sola, sin otra calidad, mas que la de que no concurran juntos estos dos mayorazgos, califica entre ambos incompatibilidad real, y lineal, y sin duda, vt notat D. Castill. *tom.* 6. *con-*

tro-

*trouerʃ.cap.*178*.num.*2.*& cap.*181*.num.*9.D. Molin.*lib.*3*.cap.*2*.num.* 28. D. Larrea *dict. decis.* 51*.num.*10.Rojas *de incompatibilit.*4*.part. cap.*2*.&* 7*.part.cap.*6*.à num.*40.

41 Y ſerà de ninguna eſtimacion,ſi las partes contrarias dixeren,que la incompatibilidad pueſta por dicha Doña Ana, *num.*3. fue nula,porque excediò de la facultad que la avia dado dicho ſu marido,pues no ſe la diò para imponer ſemejantes gravamenes, y que aſsi eſtos ſon nulos,y no ſe deve hazer eſtimacion dellos, valiendoſe de D.Paz *de tenuta,cap.* 34. *numer.* 116.*& ſeqq.& num.*153.Rojas 3*.part. cap.* 1. *à num.* 20. y que aſsi el llamamiento hecho en Don Diego,*num.*11.deve quedar regular, y ſin gravamen de incompatibilidad, y que ſiendo eſto aſsi deve paſſar la ſucceſsion à ſus hijos, y deſcendientes.

42 Eſta objepcion es de muy corta ſubſtancia,por dos razones,conque queda deſvenecida: La primera,porq̃ concediendo la reſolucion del ſeñor Paz, y demàs que recordamos en el vltimo ſupueſto *ſuprà num.* negamos que Doña Ana Fernandez, *numer.* 3. en quanto à eſte gravamen excedieſſe de la facultad que la dexò ſu marido: Lo primero,porque la dexò libre facultad para eſſo, *dict. clauſ.* ibi: *A la qual la doy poder para que haga los llamamientos para la ſucceſsion de dicho vinculo,y mayorazgo,GRAVAMENES,Y CONDICIONES QVE QVISIERE PONER*,y dexando tan ampla facultad,pudo poner qualeſquiera gravamenes, *leg. ereditor.* 60. §*.ſi inter maritum,&* §*.Lutius,D.mandati*,Card. Mantic. *de tacit.*

tacit.& ambig.lib.7.tit.15.num.25. Petrus de Peralta *in leg. vnum ex familia, §. sed si fundum D. de legat.2.num.*15.Menoch.*de arbitr. lib.*1. *quæst.*7.*à num.*32.Petr.Surd.*conf.*380.*&* 357. *num.*10.sic latissimè D.Castill.*lib.*4.*controver. cap.*36.quia *num.*31.proponit hanc quæstionem, *& à num.*46. *vsque ad fin.* sequitur nostrum intentum cum magna eruditione, respódiendo al señor Paz, y todos los que tocaron este punto, sin apartarse en todo de sus opiniones, sino haziendo la diferencia de este caso, quando el testador le dexò ampla facultad, ibi: *Que quisiere*, latino sermone, *voluerit*, de quo latissimè Aguila ad Rojas *de incompatibilitat.* 1.*part.cap.*6.*à num.*379.qui etiam explicat D. Paz *à num.*393.& melius *num.*398.*cum pluribus seqq.& num.*409.y en el caso presente tiene menos dificultad; pues vsò el testador de las palabras *gravamenes, y condiciones*, lo qual no se puede entender de otra forma.

43 Vlterius, que los gravamenes, y condiciones de nuestro mayorazgo fueron arreglados à la voluntad del fundador; pues èl en su clausula dispuso la succession en hijo segundo, que fue como dexamos manifestado, hazerle de segunda genitura, y Doña Ana Fernandez su muger, no solo no alterò esta voluntad, sino que la repitiò con palabras mas claras, y esto patet: Lo primero, porque para la exclusion de Don Diego, *num.* 11. no necessitavamos de valernos mas que de la clausula de el testamento de *numer.*2. por el caso de la subrrogacion en la primogenitura.

44 Lo segundo, que esto es lo que

manifestò Doña Ana, *num.* 3. pues el poner la clausula, de que si llegare el caso de que succediere en el mayorazgo del Tesorero Leon, por muerte de sus dos hermanos, que entonces pas sasse la succession à otro hijo de Doña Luzia, *num.* 5. no fue mas que por considerar, que succediendo en el dicho mayorazgo del Tesorero, avia de ser quedando como primogenito, y que entonces era contra la voluntad del fundador, quedasse en èl, ni su linea este por ser de segunda genitura; y este discurso es tan natural, que el aver dispuesto lo contrario fuera sin duda oponerse à la voluntad del fundador; y en es te caso los gravamenes que pusiesse para que tuviesse efecto dicha voluntad son licitos, *cum sint de mente testatoris*, Palac. Rub. *in leg.* 31. *Taur. num.* 48. *&* 76. Mieres *de maioratib.* 1. *part. quæst.* 48. *num.* 115. Aguila ad Rojas *de incompatib. dict. cap.* 6. *part.* 1. *num.* 388. *&* 389.

45 Y vltimamente, no se puede dudar, que aquel que habet liberam facultatem eligendi, assi como puede eligir en vno, mas que en otro à su voluntad, puede gravar al electo in favorem eius, quem potuit eligere, Mieres, Sessè, & alij apud Hermosill. *in leg.* 7. *tit.* 4. *part.* 5. *gloss.* 5. *num.* 19. Cancer. 3. *variar. cap.* 7. *num.* 119. Portoles *de consort. & fideicom. legal. cap.* 41. *num.* 21. Tondut, *quæst. civil. lib.* 1. *cap.* 50. *num.* 35. D. Solorçan. *de iur. Indiar. tom.* 2. *lib.* 2. *cap.* 11. *ex num.* 35. Add. ad Molin. *lib.* 2. *cap.* 4. *num.* 10. Barboss. *voto* 126. *num.* 116. lo qual es nuestro caso.

46 Y si se hallara, que Doña Ana, *num.* 3. pudo poner todos los dichos gravamenes,

nes,y condiciones,y que con ellas quedan totalmente excluidas las partes contrarias, y que no excediò en cosa alguna, mas que en el segundo llamamiento que hizo de Don Pedro, *num.* 8. pues por ser primogenito quedò excluido, por aver querido el fundador se hiziessen los llamamientos en hijo segundo, y que en averle llamado para esta succesion, excediò oponiendose à lo prevenido por dicho fundador; y assi este llamamiento solo quedò nulo, y irrito, ex tradit. *suprà num.*

47 La exclusion que llevamos fundada hasta aqui de las partes contrarias, es por la exclusiõ misma que padeciò su padre, por aver succedido en el mayorazgo de el Tessorero Leon, *num.* 1. y averse subrrogado en primogenitura, y cessado en èl la qualidad de segundogenito, que amò, y previno en su testamento Don Juan, *nùmer.* 2. y aora brevemente hemos de manifestar la exclusion de las partes contrarias por sus mismas personas.

48 En la persona de Don Diego, *numer.* 15. està evidente, por concurrir en su persona la misma que concurriò en su padre; pues se halla primogenito, y sin la qualidad de segunda genitura, que es la que le falta conforme à la voluntad del fundador de este vinculo; lo segundo, por hallarse posseedor como tal primogenito de el mayorazgo de el Tessorero, *num.* 1. cuyo concurso con este està prohibido, vt latè remanet fundatum; y assi Don Diego no discurrimos en èl la menor razon, por donde legalmente pueda pretender su inclusion; pues tam ex persona patris, quam ex sua persona omnino

ex-

exclusus,& incapax invenitur, para la succession de este vinculo.

49 D. Alonso Ponçe, *num.* 16. que ha salido à este pleyto, tambien se halla excluido como hijo de Don Diego, *num.* 11. por ser hijo de primogenito, ex tradit. *suprà num.* porque aunque parece se halla segundogenito, esto es de su padre; pero no de los llamados para esta succession.

50 Y ademàs se halla excluido por la incompatibilidad real, y lineal de este mayorazgo, con el del Tessorero Leon, *num.* 1. por estar prohibido el concurso de vno, y otro, vt fundavimus *suprà num.* adonde fundamos ser esta incompatibilidad real, y lineal, que fue la segunda razon para la exclusion de *num.* 11. y siendo la incompatibilidad real, y lineal, no solo queda excluida la persona en quien se causò, sino tambien todos sus hijos, y descendientes, tanquam ex radice infecta, D. Larrea *decis.* 51. D. Olea *tit.* 3. *quæst.* 4. *num.* 20. *in fin.* & in Add. *ad dict. quæst.* 4. *num.* 6. Rojas *de incompatib.* 3. *part. cap.* 5. *num.* 25. *vsque ad* 33. *&* 4. *part. cap.* 2. *per tot. &* 7. *part. cap.* 6. *num.* 36. 49. *&* 53. & alijs in pluribus locis, D. Castill. *lib.* 3. *cap.* 15. *præcip. num.* 60. *& tom.* 6. *dict. cap.* 178. *num.* 2. *& à num.* 7. D. Molin. *lib.* 3. *cap.* 5. *numer.* 41. *&* 42. vbi Add. apud quos alij plures.

Conque por todos medios se halla, que solo D. Geronimo de Ibayzabal Ponçe de Leon, *num.* 13. que es nuestra parte, se halla capaz para esta succession, y que assi solo à èl le toca, & ita in suum favorem speramus iudicandum, absolviendole de las demandas contraria: Salvo, &c.

D. V. D. C.